

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD FRENTE A LA COEXISTENCIA DE CÓDIGOS PENALES MILITARES EN COLOMBIA

Piedad Cenaida Gómez Martínez*

RESUMEN

El nuevo Código Penal Militar creado mediante la Ley 1407 de 2010 tiene una fase de implementación para el sistema acusatorio que terminará en 2016; mientras esa fase concluye, se encuentran vigentes las dos codificaciones punitivas castrenses, situación que hace imperioso el estudio de la aplicación del principio constitucional de favorabilidad al momento de aplicar justicia a las personas sometidas a dicho Código, sin desatender los elementos del principio de legalidad igualmente consagrado en la Constitución Política.

En el presente trabajo se analizan las diferentes posiciones planteadas por las altas Cortes y el Tribunal Superior Militar respecto a la fecha de entrada en vigencia de la norma, así como la aplicación del principio de favorabilidad frente a la coexistencia legislativa. Para dicho estudio, igualmente se examinarán los referentes teóricos reconocidos que han desarrollado los principios del derecho que se encuentran involucrados.

Palabras claves: Principio de favorabilidad, principio de legalidad, coexistencia normativa, debido proceso, Carta Constitucional, Código Penal Militar.

*Aspirante a Máster en Derecho Procesal Penal. Correo: pigoma13@hotmail.com

ABSTRACT

The new Military Penal Code created by the Law 1407 of 2010 has an implementation phase for the adversarial system that will end in 2016; while the current phase concludes, they are effective the two codes punitive militaries, situation that makes imperious the study of the application of the constitutional principle of favorability when applying justice to persons subjected to this Code, without neglecting the elements of the principle of legality also enshrined in the Constitution.

This work analyzes the different positions by the High Courts and the Military Superior Tribunal regarding the date is effective for the rule and the application of favorability principle coexistence gets the lead in the study. Also will examine the theoretical recognized that developed the principles of law that are involved.

Key words: Principle of favorability, principle of legality, coexistence of codes, due process, Constitutional Letter, Military Criminal Code.

INTRODUCCIÓN

La Ley 1407 de 2010 dio origen al nuevo Código Penal Militar¹, cuya implementación del sistema acusatorio se debe ajustar a la creación de la Fiscalía Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación y de la Defensoría Militar; por lo anterior, mediante el Decreto 2960 de 2011², se definieron cuatro fases que van desde 2012 hasta 2015 en diferentes zonas geográficas del territorio nacional. Posteriormente, a través del Decreto 4977 de 2011 se modificaron esos plazos estableciendo, donde las fases para implementar la operatividad y aplicación del Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar comienzan a partir del 1 de enero del año 2013 y van hasta el 2016³, así que mientras se cumplan esas condiciones, el anterior Código Penal Militar, establecido por la Ley 522 de 1999, sigue teniendo vigencia.

Esta situación transitoria, caracterizada por la coexistencia de normas, genera en el país unas condiciones que no fueron completamente previstas por la misma Ley y que, por lo tanto, se prestan a diversas interpretaciones, debido a que el nuevo Código Penal Militar y el anterior en algunos casos establecen procedimientos, medidas punitivas, términos de prescripción y otros factores jurídicos diferentes, que pueden resultar más o menos favorables para los miembros de la Fuerza Pública que deban ser juzgados en virtud de delitos cometidos en el ámbito de aplicación de dichas normas.

Por otro lado, la situación de conflicto armado que ha vivido el país por varios decenios ha llevado a que en los años recientes se generen condiciones especialmente difíciles para el ejercicio de la actividad de la Fuerza Pública. En tal

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 2010. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial N° 47804. 17 de agosto de 2010.

² COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 2960 de 2011. Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1407 de 2010 y se adoptan medidas para implementar el Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Penal Militar.

³ COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 4977. Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 2960 de 17 de agosto de 2011, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1407 de 2010 y se adoptan medidas para implementar el Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar. 2011

virtud, el período implantación de cuatro años que fijó el nuevo Código Penal Militar propicia que sean numerosos los procesos penales a adelantarse por la Justicia Penal Militar en estas condiciones de transitoriedad de las normas relacionadas, por lo que se hace necesario analizar si, mientras tales circunstancias se dan, resulta legalmente válida o no la aplicación del principio de favorabilidad que pudiera derivarse de las diferencias existentes entre los códigos entrante y saliente.

En el presente trabajo se exponen los antecedentes normativos relacionados con el tema, los precedentes establecidos en la jurisprudencia colombiana y los principios generales del derecho involucrados en el asunto, con el propósito de contribuir a que el lector se forme un criterio propio sobre el problema jurídico que plantea la situación descrita.

1. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DESDE LA DOGMÁTICA Y LA CONSTITUCIÓN

Frente al principio de favorabilidad como precepto inspirador que confiere o garantiza derechos sustanciales o subjetivos para algún sujeto procesal, encontramos amplia doctrina; sin embargo, en ocasiones, lo que aparentemente resulta tan claro o evidente, presenta ciertos matices que deben ser objeto de un profundo análisis, dentro del marco de la constitucionalización sobre el cual, ha indicado Ferrajoli: "..., bien puede decirse entonces que el proceso penal debe ser garantista, es decir, debe estar enmarcado dentro de "un modelo normativo de derecho...propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos".⁴

De acuerdo con este concepto, resulta imprescindible recordar que el principio de favorabilidad hace parte de los derechos fundamentales, universales e intangibles, por lo mismo se prohíbe su vulneración, por ello, el funcionario judicial está obligado a reconocer de oficio o a petición de parte las situaciones de favorabilidad que se establezcan, ya que, la Constitución Política, ni los convenios internacionales sobre derechos humanos establecen excepciones a este precepto.

Según Juan Fernández Carrasquilla, la favorabilidad no encarna un principio de interpretación de la ley penal, sino una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo⁵; por su parte, Juan Bustos Ramírez sobre los fundamentos de la favorabilidad, señala que este principio no es contradictorio con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento, donde el principio de

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta. Madrid. 1.995. Pp. 851 - 852

⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Editorial Temis. Página 104

legalidad apunta a impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y las libertades del sujeto y puntualiza que en el caso de la disposición más favorable, se expresa un reconocimiento de mayores ámbitos, luego la ley más favorable reafirma el principio de legalidad⁶.

Bajo los anteriores postulados, se ha relacionado la favorabilidad con la vigencia de la ley, invocándose conceptos de retroactividad y ultra actividad de la ley penal, llegándose siempre a idénticas conclusiones, tales como “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” o “lo favorable debe ampliarse y lo odioso debe restringirse”, máximas que se traen solo a manera de ejemplo para significar que en la legislación punitiva el principio de favorabilidad se ubica como un desarrollo del de legalidad, el cual se aplica sin excepción dada la importancia democrática que él comporta.

Teniendo en cuenta que el principio de favorabilidad o cualquiera otro que se desee invocar ante un determinado problema jurídico debe observar el cumplimiento del ordenamiento jurídico visto en su conjunto, por lo que resulta necesario analizar la forma como el principio de favorabilidad se encuentra ligado a la estructura de la Constitución y de las leyes generales, antes de entrar a estudiar en detalle la situación planteada por la coexistencia de códigos penales militares.

La importancia de este análisis radica en que el sistema de fuentes en Colombia esta acorde a la doctrina de la Pirámide de Hans Kelsen⁷, donde la Constitución es norma de normas y de allí se derivan otros actos, entre los que se encuentran la ley, los decretos y los actos administrativos. Adicional a ello se establecen unos criterios auxiliares entre los que se encuentra la jurisprudencia, como la forma de

⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal Volumen I, Editorial Trotta. Madrid. Páginas 81 y 82

⁷ÁLVAREZ, Luis Fernando. Historia del Derecho Internacional Público. Pontificia Universidad Javeriana. 2000.

manifestación de los jueces; en ese orden de ideas, el rol del juez es de mero aplicador de derecho. Sin embargo, han surgido diferentes posiciones que han permitido concebir al Juez como un legislador negativo (teoría desarrollada por Carl Schmitt⁸), la cual señala que la interpretación jurídica de las normas crea derecho, así pues el Juez a través de sus pronunciamientos ha permitido que la jurisprudencia tenga un valor vinculante y por ende, se modifique la concepción inicial del sistema de fuentes.⁹

Cada vez que se analizan situaciones jurídicas que se relacionan con los derechos de los ciudadanos, sean estos civiles o militares, es necesario recordar el alcance legal que tiene la referencia hecha en el artículo 1° de la Constitución Política respecto al carácter de Estado Social De Derecho que rige en Colombia. Igualmente conviene traer a colación la distinción que hace Alexy entre reglas y principios, según la cual:

*Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*¹⁰

Por otro lado, la favorabilidad es un principio general del proceso penal y desde la órbita constitucional es una estructura del debido proceso reconocido como derecho fundamental en el nuevo paradigma superior de 1991, por lo que el artículo 29 de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 9 de la

⁸MONROY, Marco Gerardo. Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2007.

⁹BLUHUM, Erick. El precedente en el derecho administrativo colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. 2012.

¹⁰ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2002. p. 86.

Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la favorabilidad se da tanto respecto de las leyes sustantivas como de las procesales, porque ambas pueden contemplar situaciones más restrictivas o permisivas, ya que, tanto las unas como las otras limitan derechos fundamentales, razón por la cual debe aplicarse la ley favorable sin discriminación, por lo que este principio se extiende a la llamada “ley procesal de efectos sustanciales”, o sea la que confiere o garantiza derechos sustanciales o subjetivos para algún sujeto procesal, pues la materia penal a que se refiere el artículo 29-2 de la Carta comprende tanto las normas de derecho penal material como las de derecho procesal penal, entendidas ambas como “materias penales”.

El dilema planteado por la coexistencia de dos códigos penales militares se relaciona en últimas con la forma cómo debe interpretarse la ley; Buitrago¹¹ plantea que en estas situaciones se debe proceder considerando la existencia de diversos valores y principios en la sociedad, además de la pluralidad cultural y étnica y de la existencia de unos derechos fundamentales comunes a toda la sociedad, por encima de sus diferencias. La autora propone que la interpretación sistemática y la ponderación de principios fueron las maneras en que la doctrina y la jurisprudencia dieron respuesta a este problema, apelando a la teoría de los principios de Dworkin¹² y la teoría de los derechos fundamentales de Alexy¹³, las cuales no niegan la existencia de diferentes tipos de principios y de valores y en cambio se ponderan y se sopesan, debiendo analizarse en cada caso concreto las razones por las cuales uno de los principios o valores debería ceder ante otro que tenía una importancia mayor, sin desconocer la existencia del primero. Buitrago cita a Bernal Pulido quien al respecto afirma que en razón de esta función, la

¹¹ BUITRAGO M. Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema De Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional de Colombia. 2011. 212 p.

¹² DWORKIN, Ronald, El Imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Gedisa Editorial, Primera edición 1988, Segunda reimpresión, 2005, Barcelona, 2005.

¹³ ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28 Bogotá, 2003.

ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.¹⁴

La forma como se encuentra previsto dentro del ordenamiento jurídico colombiano el esquema de los derechos hace que éstos se vinculen con el principio de favorabilidad, donde la Constitución vigente contempla, dentro del Título II De los Derechos, las Garantías y los Deberes, el Capítulo I, que se refiere precisa y exclusivamente a los derechos fundamentales, los cuales, ante la existencia del Tribunal Internacional de Derechos Humanos TIDH y el derecho internacional de los derechos humanos DIH previstos en los artículos 93 y 214, forman, junto con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad” que, de acuerdo con la Sentencia C-225:

*Está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.*¹⁵

Al respecto puede afirmarse que sólo en el año de 1991 el constitucionalismo colombiano empezó a armonizar los derechos constitucionales internos con los derechos humanos establecidos en el plano internacional.¹⁶ El bloque de

¹⁴ BERNAL Pulido, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2005, Quinta reimpresión, 2008, Bogotá, 2008.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Al comentar esta situación, Uprimny afirmó que: “Esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquiera fuerza jurídica a los tratados en la materia. Y es que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían

constitucionalidad ha sido empleado por la Corte Constitucional en las interpretaciones dadas a los derechos al debido proceso, a la presunción de inocencia, al principio de favorabilidad, al derecho a un recurso judicial efectivo de las víctimas, así como en conexión con la garantía judicial de habeas corpus.¹⁷ Algunas de las Sentencias de la Corte en las que se evidencia este empleo del bloque de constitucionalidad son las siguientes: C-200 de 2002, C-1001 de 2005, C-370 de 2006, C-774 de 2001, C-592 de 2005 y C-187 de 2006, con ponencias de diferentes magistrados del alto Tribunal.

Toda esta reflexión en torno a la importancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la nueva Constitución de 1991, resultaría ineficaz si no fuera porque la Corte Constitucional ha considerado al principio de favorabilidad como un derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata.

Al respecto la Corte ha dicho:

En suma, la favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo, forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata, Para su aplicación en materia penal no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho, es un asunto que corresponde determinar al juez con competencia para conocer del proceso respectivo. La potestad para fijar la vigencia de una ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley

ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, como lo mostró una investigación empírica de un grupo de jueces y de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana". UPRIMNY. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Óp. cit. p. 32.

¹⁷LÓPEZ Diego, SÁNCHEZ Astrid. La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano. Óp. Cit.

*penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad.*¹⁸

Lo anterior quiere decir que la aplicación del principio de favorabilidad se encuentra ampliamente respaldado tanto de forma explícita por la Constitución en su artículo 29, como a través de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional. Además su aplicación no solamente se considera válida en frente a normas sustantivas sino también a normas procesales, como lo definió la Corte en la sentencia previamente citada.

2. POSICIONES DE LAS ALTAS CORTES Y EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR FRENTE AL TEMA

Es necesario considerar que la Corte Constitucional¹⁹ debió pronunciarse frente a una demanda de inexequibilidad que fue objeto el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010, el cual señaló: “La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen”²⁰; demanda que fue presentada por considerar que ese artículo vulnera el artículo 29 de la Constitución relativo al debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme con leyes preexistentes, teniendo en cuenta que la ley se promulgó en agosto de 2010, es decir, varios meses después de la fecha en la cual, de acuerdo con el citado artículo, entró en vigencia.

En el análisis correspondiente, la Corte consideró el hecho de que la aprobación del proyecto de ley se llevó a cabo en la Plenaria del Senado el día jueves 14 de junio de 2007, y en su trámite ante la Presidencia de la República, fue devuelto sin

¹⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2011. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-444 de 2011. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez

²⁰CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 2010. Artículo 628.

ser sancionado y con objeciones; estas objeciones debieron ser tramitadas por el Congreso y de allí pasaron a la Corte Constitucional, organismo que reconoció la validez de las mismas, proceso que retrasó su promulgación definitiva, razón por la cual, para la Corte resultó claro que el Ejecutivo ni el Legislativo tenían el propósito de otorgar efectos retroactivos al Código Penal Militar.

Igualmente se consideró por la Corte Constitucional en su sentencia que para la aplicación del principio de favorabilidad, se requiere que las dos normas susceptibles de ser aplicables se encuentren plenamente vigentes, en punto a elegir una u otra en favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición, dado que la aplicación de este principio es de carácter excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia. La Corte ya se había pronunciado al respecto cuando había dicho que “las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley”. Igualmente, mediante la sentencia C-957 de 1999 se había señalado que la ley por regla general comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella; el alcance de esta regla fue precisado mediante la Sentencia C-932 de 2006, según la cual tal libertad encuentra un límite infranqueable en la fecha de publicación de la ley, de manera tal que si bien se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación, no se puede fijar como fecha de iniciación de la vigencia de una ley un momento anterior a la promulgación de la misma”.

De esta manera, si la configuración legislativa de una ley, no respeta artículos superiores como aquel por el cual se establece el principio de legalidad, la norma es susceptible de ser declarada inexecutable por el juez constitucional. Fue así

como la Corte decidió declarar inexecutable la expresión “al 1º de enero de 2010” contenida en el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010 y declarar executable el resto del artículo bajo el entendido que la ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional conceptuó en 2005 que el principio de favorabilidad es tan importante al momento de decidir por parte de los encargados de administrar justicia, que inclusive opera “no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones”²¹. Y con respecto a la vigencia de las leyes sobre las cuales se analice la aplicación del principio de favorabilidad, la definición no es ni siquiera legal sino que proviene desde la misma Constitución, que en su artículo 29 establece que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”²².

En torno a este debate la posición de la Corte Suprema de Justicia es que el Código Penal Militar se encuentra vigente desde el 17 de agosto de 2010²³. Sin embargo esta posición se encuentra contenida dentro de un concepto en el cual no se explica el sustento que lleva a esa definición. En el mismo sentido se pronunció la misma Corte Suprema de Justicia en marzo de 2011 cuando señaló que:

De manera que, pese a que la Ley 1407 en su artículo 628 indica que la misma “regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen” enmarcándose – en principio- el caso del petente como uno de ellos, resulta necesario dar prevalencia al principio de la favorabilidad previsto en el artículo 29 de la

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-290 de 2005. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29. 1991.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Consulta 34872. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 334.

Constitución Política de Colombia y de allí que pueda concedérsele efectos al nuevo Código Penal Militar a conductas cometidas antes de su entrada en vigencia.²⁴

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha proferido diversos pronunciamientos en torno al principio de favorabilidad, en relación con la vigencia de la Ley 1407 de 2010, básicamente al resolver acciones de tutela frente a estos tópicos, donde se ha señalado que con la promulgación del nuevo Código Penal Militar el grado jurisdiccional de consulta de las cesaciones de procedimiento y fallos absolutorios desaparecía en el procedimiento penal, conllevando con ello que tal grado no debía ser desatado al llevar ínsita la posibilidad de modificar en peor la decisión favorable a los intereses del procesado, por lo que se impone la aplicación inmediata del principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual constituye elemento fundamental del debido proceso en materia penal y por lo mismo no puede ignorarse en ninguna circunstancia y de allí que pueda concedérsele efectos al nuevo Código Penal Militar a conductas cometidas antes de su entrada en vigencia; decisión que recoge la posición que de antaño la Corte fijó sobre la prevalencia del principio de favorabilidad ante tránsitos legislativos.²⁵

En igual sentido, anteriormente se había pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que, siendo la Ley 1407 de 2010 favorable a los intereses de los investigados, por cuanto no consigna el grado jurisdiccional de la consulta, se impone la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, el cual constituye elemento fundamental del debido proceso en materia penal, el cual no puede ignorarse en ninguna circunstancia.²⁶

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tutela 53041. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero. 10 de marzo de 2011.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Tutela 53041. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero. 10 de marzo de 2011.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Consulta 34872. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca. 20 de octubre de 2010.

Uno de los primeros pronunciamientos sobre la vigencia de la Ley 1407 de 2010 se produjo en febrero de 2011, donde se señaló que uno es el contexto de sanción y promulgación de la ley y otro del su vigencia, pues es de esta última que se deriva su obligatoriedad y oponibilidad²⁷. Esta vigencia es un momento cuya definición corresponde por mandato constitucional al legislador, y fija el momento en que la ley empieza a surtir efectos jurídicos.

Teniendo en cuenta que el Código de Régimen Municipal establece como regla general que las leyes en Colombia entran en vigencia en un período de dos meses desde su promulgación, salvo que la misma ley prevea un plazo diferente, en la Sentencia correspondiente al Radicado 156881 el Tribunal precisa que para el caso de la Ley 1407 de 2010 el legislador estableció tres excepciones a esa regla general. Esas tres excepciones fueron: 1) los ajustes de planta de personal, señalando que para este propósito la ley entraba en vigencia a partir de su publicación; 2) la entrada en vigencia del procedimiento penal oral acusatorio fue supeditada por la ley a un plan de implementación, que debería terminarse dentro del año siguiente a la fecha de publicación de la misma, y 3) la aplicación del contenido de la Ley 1407 se condicionó a todos los delitos que se cometieran con posterioridad al 1 de enero de 2010, de acuerdo con el artículo 628.²⁸

Sin embargo, teniendo en cuenta que la Ley fue insertada solo hasta el 17 de agosto de 2010 en el diario oficial, el Tribunal advierte que solo en esa fecha se cumplió con el requisito de promulgación, lo que limita su aplicación legal pues en su concepto esta situación impide modular la vigencia con fecha anterior al cumplimiento del citado requisito. En esta sentencia, el Tribunal se pronuncia en el sentido de que la Ley solo obliga a partir del 17 de octubre de 2010, fecha en la cual cumplieron los dos meses contados desde la fecha en que se cumplió con el principio de publicidad.

²⁷ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Segunda de Decisión. Radicado 156881. Magistrado Ponente María Paulina Leguizamón Zárate. Febrero de 2011.

²⁸ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Segunda de Decisión. Radicado 156881. Óp. Cit.

El fallo sustentó esta posición sobre el requisito de publicidad de las leyes en la Sentencia C-932/06 de la Corte Constitucional, según la cual:

... no es posible sostener válidamente que la ley "necesariamente" empieza a regir "inmediatamente" después de su promulgación, punto en el cual el actor incurre en confusión, debido tal vez a que los dos fenómenos, en muchas ocasiones, pueden coincidir. La promulgación, como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual ésta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y sólo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley "a partir de su promulgación", en cuyo caso una vez cumplida ésta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias.²⁹

No obstante lo anterior, con base en el pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C- 444 de 2011) antes referida, se definió la entrada en vigencia del Código Penal Militar a partir del momento de la promulgación, esto es, a partir del 17 de agosto de 2010, conclusión a la que se llega luego de hacer un estudio del principio de legalidad, indicando que la ley por regla general comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario, por lo que los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de las mismas, de manera tal que si bien se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación, no se puede fijar como fecha de iniciación de la vigencia de una ley un momento anterior a la promulgación de la misma.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-932. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. 2006.

El problema jurídico que plantea la discusión sobre la fecha de entrada en vigencia de la norma, expuesto arriba, se hace más complejo al considerar que la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar conserva una posición diversa a la de la mayoría de esta Célula Judicial, en relación con el tema de la vigencia del nuevo Código Penal Militar; al respecto, dicha Sala considera que el incremento punitivo que estableció la Ley 1407 de 2010 no tiene aplicación, en razón de la no implementación del sistema penal acusatorio, consecuencia de ello, los nuevos tipos penales de dicha normatividad o los que modificaron la Ley 522 de 1999 no se deben aplicar actualmente, debido a la inaplicabilidad de la Ley y a que el nuevo Código Penal Militar es uno solo, conforme al artículo 628 que supedita su aplicación a la implementación del sistema.³⁰

Para explicar su tesis, la mencionada jurisprudencia trae decisiones de las Altas Cortes referidos a la aplicación del sistema penal acusatorio en la jurisdicción ordinaria, indicando que la gradualidad con que se puso en marcha el sistema acusatorio de acuerdo con el programa de implementación previsto en el artículo 530 de la Ley 906/04, condujo a una situación en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y el lugar de comisión del delito: el establecido en la normatividad, a casos por conductas realizadas antes del primero de enero de 2005 o a partir de esa fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio. Al analizar esta situación, refiere la sentencia C-820/05 de la Corte Constitucional, donde se expresa que el principio de legalidad constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, al permitirles conocer previamente cuándo y por qué motivos puedan ser objeto de penas, evitando toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas.³¹

De otro lado, señala la Sala Tercera de Decisión del T. S. M. que, dado que la Ley 1407 tiene un período durante el cual se implementa de manera gradual en

³⁰TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Tercera de Decisión. Radicado 157127. Magistrado Ponente CN (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. 4 de noviembre de 2011.

³¹Ibídem

diferentes zonas del territorio nacional, se recuerda la necesidad de distinguir entre existencia, validez, vigencia e implementación de la ley, tal como lo hizo en su momento la Corte Suprema de Justicia al referirse al proceso de implementación del sistema penal acusatorio creado mediante la ley 906 de 2004³², de acuerdo con esos elementos:

La ley existe cuando ella se introduce en el orden jurídico luego de cumplir las condiciones y requisitos para su producción; es válida cuando formal y sustancialmente respeten normas superiores que le anteceden o lo sobrevienen; está vigente cuando generan o producen efectos jurídicos; y se implementa mediante una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo; de una política pública que la norma refleja.³³

Valga aclarar que, frente al antecedente jurisprudencial en mención se produjo aclaración de voto, de acuerdo con la cual no se comparte la interpretación del Magistrado Ponente cuando considera que, al no haberse producido la implementación del sistema acusatorio en la jurisdicción penal militar, los tipos penales consignados en la Ley 1407 de 2010 no están vigentes y por ende se debe remitir retroactivamente a la Ley 522 de 1999; a criterio del Magistrado que aclaró su voto, el no contar aun con la infraestructura judicial requerida para la implementación del sistema acusatorio establecido por el nuevo Código Penal Militar no hace viable la aplicación del procedimiento allí dispuesto, pero ello no implica el desconocimiento del principio de legalidad ni de favorabilidad, los cuales predominan sobre la aplicabilidad o no del sistema acusatorio penal militar, pues de lo contrario se estaría creando una inseguridad jurídica en contra de las garantías procesales y de derecho de defensa.

³²Corte Suprema de Justicia Sentencia del 19 de julio de 2005 acta 56, Magistrado ponente Mauro Portilla.

³³ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Tercera de Decisión. Radicado 157127. Óp. Cit.

Agrega el Magistrado en su aclaración que la no aplicabilidad del aumento punitivo contemplado en la Ley 1407 de 2010, no puede sustentarse en la falta de implementación del sistema acusatorio en la jurisdicción penal militar, sino en el principio de favorabilidad que obliga a los jueces a aplicar la norma más benigna, lo cual no implica excluir el principio de legalidad.³⁴

La misma Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar en providencia del 14 de julio de 2011 había sostenido que el nuevo Código Penal Militar quedó sujeto a la implementación del Sistema Penal Acusatorio, lo que no significa descartar que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 1407 de 2010 como consecuencia del principio de favorabilidad en las actuaciones que se rigen por la Ley 522 de 1999. Sin embargo, sostuvo que la puesta en marcha del sistema acusatorio “quedó sujeta a su implementación, teniendo dos fechas: antes del 17 de agosto de 2010 o a partir de esta, frente a los primeros se aplica y rige la Ley 522 de 1999, pero ante los segundos una normatividad procesal posterior que no se aplica debido a la exigencia de su implementación para colocarla en marcha, sin querer decir con ello que no se apliquen, como se indicó, normas de derecho sustancial”³⁵.

En esa Sentencia, se planteó la pregunta concreta ¿Está implementado el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar?; la respuesta, a juicio de la Sala, fue que no, lo que conduce a dar aplicabilidad por favorabilidad, a la Ley 522 de 1999 que consagra una pena más benévola para el procesado. Como consecuencia de lo anterior, las penas consagradas en la Ley 1407/10 vigente desde el 17 de agosto de 2010, deben aplicarse una vez se implemente el sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar.³⁶

³⁴ Aclaración de voto. MP. TC. Gabriel Palacios Osma. Referencia 157127

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Tercera Sala. Radicado 157048. Magistrado Ponente Carlos Alberto Dulce Pereira. 14 de julio de 2011.

³⁶ Ibídem

Frente a la pregunta de si los nuevos tipos penales de la ley 1407/10 o los que se modificaron de la Ley 522/99 o las nuevas conductas elevadas a la categoría de punible se deben aplicar actualmente, la respuesta dada por el Tribunal fue que no, en parte por los mismos argumentos esbozados anteriormente y de otra parte porque el nuevo Código Penal Militar es uno solo y su mismo texto en el artículo 628 supedita su aplicación a la implementación del sistema. Para el Tribunal Militar, la Sentencia 444 de 2011 de la Corte Constitucional implica que el nuevo Código tiene aplicación a partir del 17 de agosto de 2010, conforme al régimen de implementación.

Así las cosas, tenemos que la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar, a mediados del año 2011 aceptaba la vigencia de la Ley 1407 de 2010, aclarando que la punibilidad de ciertos delitos allí incrementada, debía ser valorada a través de lo estatuido en la Ley 522 de 1999, bajo presupuestos del principio de favorabilidad; no obstante lo anterior, finalizando el mismo año, cambia su postura para asegurar que, el nuevo Código Penal Militar es inaplicable en razón de la no implementación del sistema penal acusatorio y teniendo en cuenta que es uno solo, de conformidad con el artículo 628, el cual supeditó su aplicación a la implementación del sistema.

Analizada el enfoque de la Sala Tercera del Tribunal Superior Militar, debemos estudiar la posición mayoritaria del Cuerpo Colegiado, señalando que han sido más de cincuenta los pronunciamientos³⁷, desde la promulgación de la Ley 1407 de 2010, para referirse a la vigencia del nuevo Código Penal Militar y el alcance del principio de favorabilidad frente a la coexistencia normativa.

Una de las decisiones que recoge esta tesis mayoritaria del Tribunal Superior Militar se encuentra reflejada en providencia de la Sala Cuarta de Decisión,³⁸ donde se pronunció en relación con seis conceptos a tener en cuenta al analizar

³⁷ Verificado en la Relatoría del Tribunal Superior Militar

³⁸ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicado 157149. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. Octubre 26 de 2011.

normas legales, los cuales son, existencia, validez, eficacia, vigencia, aplicación e implementación. De acuerdo con esta Sala, la “existencia” de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento; la “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión³⁹; se planteó frente a este concepto que, “al determinar que el Acto Legislativo se aplicará *“de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca”*, el constituyente reguló en términos generales aspectos de la eficacia jurídica que habrían de tener las normas constitutivas del nuevo sistema penal, defiriendo al legislador la determinación específica del momento y el modo en que los efectos jurídicos de dichas disposiciones habrán de generarse”⁴⁰.

En cuanto al concepto de eficacia, el Tribunal Superior Militar ha señalado que ésta puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; el sentido jurídico tiene que ver con la aptitud de la norma para producir efectos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, por lo que se dice que una norma es eficaz cuando es cumplida por los obligados a respetarla. La “vigencia” de las normas se halla íntimamente ligada a

³⁹Desde el punto de vista formal, de acuerdo con el Tribunal Superior Militar, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia – por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial. Sin embargo, por lo general las disposiciones que regulan la validez formal de las normas establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Además la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución Política, ninguna ley podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas.

⁴⁰ Ibídem

la noción de “eficacia jurídica”, y se refiere, desde la perspectiva temporal o cronológica, a la entrada en vigor de los efectos jurídicos.

Por su parte, la “aplicación” de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas, por lo que se dice que se “aplica” una norma cuando se utilizan sus mandatos para surtir efectos frente a una situación específica. Finalmente, la “implementación” de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula es puesta en ejecución; la noción de “implementación” tiene entonces una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el legislador.

Estas precisiones conceptuales son empleadas por el Tribunal para sustentar la idea general de que la “validez” de las normas no siempre es un presupuesto de su “eficacia” ni presupone su “vigencia”, aunque su “eficacia”, su “vigencia” y su “validez” sí presuponen su “existencia”, y su “aplicación” e “implementación” presuponen su eficacia jurídica.⁴¹

Con respecto a la discusión sobre la aplicación del principio de la favorabilidad en la aplicación de la Ley 1407, el fallo expone que en los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, la Ley a aplicar es la 1407 del mismo año, aunque no puede perderse de vista que, en virtud del artículo 628 de esa misma Ley, no se derogó la Ley 522 de 1999, lo que genera el fenómeno de coexistencia legislativa, lo que da paso a la aplicabilidad del principio de favorabilidad.

Sin embargo el Tribunal cita tres condiciones que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, han de cumplirse para poder dar aplicación efectiva a ese principio: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos

⁴¹TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicado 045-157149. Óp. Cit.

fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable (...)⁴².

Bajo la consideración de la vigencia de la Ley 1407 de 2010, varios han sido los pronunciamientos del Tribunal Superior Militar aplicando figuras jurídicas de la nueva codificación, bajo el amparo del principio de favorabilidad, ejemplo de ello es la decisión adoptada por en julio de 2012 por la Sala Cuarta de Decisión, donde volvió a pronunciarse sobre el tema, al emitir su concepto en torno a la condena de un Soldado Regular por el delito de deserción.⁴³ En este caso se confirma la posición, según la cual, bajo la concepción del principio de favorabilidad, se aplican institutos traídos por la de la Ley 1407 de 2010 que resultan mas benignos a los intereses del procesado, por tal razón, se decidió confirmar la rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer por aceptación de cargos que había sido otorgada por el Juez de Conocimiento en primera instancia; la decisión se sustentó bajo el argumento de que la rebaja establecida en el artículo 493 de la Ley 1407, que en este caso resulta más favorable al condenado, no resquebraja el sistema procesal definido por la Ley 1058 de 2006 (procedimiento especial) para la investigación y juzgamiento del delito de deserción, entre otros.

En el análisis para este fallo, el Tribunal señaló que los hechos tuvieron ocurrencia estando en vigencia la Ley 1407 de 2010, pero sin encontrarse implementado el procedimiento dispuesto en la nueva ley penal militar; sin embargo, sustentó la aplicación del principio de favorabilidad bajo los siguientes argumentos:

“Para el caso que hoy ocupa la atención del Colegiado, precisamos que el cambio de escenario normativo no genera nulidad, pues atendiendo la vigencia de normas enfrentadas, la aplicación del arto 131 de la Ley 522 de 1999 o del 112 de la

⁴²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23700 del 09 de febrero de 2006. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

⁴³ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicación 157350. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. 30 de julio de 2012.

1407 de 2010, ambas predicen idénticos presupuestos fácticos, el precepto es igual, los límites de la sanción (1 a 3 años) son análogos, y sólo varió para el Legislador de 2010 en la pena a imponer que ahora es de prisión y efectivamente es más gravosa que la prescrita en el Código de 1999 que establece el arresto para este tipo penal. Lo que permite inferir que no se suscita una discrepancia que vulnere el principio de legalidad y menos aún que quebrante derechos y garantías del procesado.”⁴⁴

Adicionalmente, el Tribunal conceptuó que en el caso analizado la ley a aplicar es la 1407 de 2010 al considerar que la aplicación de las normas es el proceso a través del cual sus disposiciones son interpretadas y particularizadas frente a situaciones fácticas concretas por parte de los funcionarios competentes para ello. Esta posición coincide, con lo argumentado en octubre de 2011 al pronunciarse frente al radicado 157149 previamente analizado (Ver página 20). Lo anterior, en síntesis, quiere decir que la ley puede ser aplicada por el hecho de estar vigente, así no se encuentre implementado el procedimiento allí consagrado.

Sin embargo debe advertirse que esta posición mayoritaria del Tribunal resulta contraria a la emitida por la Sala Tercera de Decisión al pronunciarse frente al radicado 157048 en julio de 2011, pues como se expuso al analizar esa sentencia en la página 19 del presente trabajo, el Tribunal se preguntó si se encontraba implementado el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, y al responder que no, consideró que debía observarse el principio de favorabilidad y aplicar la Ley 522 de 1999 que en ese caso consagraba una pena más benévola para el procesado. Dijo entonces el Tribunal que, como consecuencia de lo anterior, las penas consagradas en la Ley 1407/10 vigente desde el 17 de agosto de 2010, deben aplicarse una vez se implemente el sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar.⁴⁵

⁴⁴ Ibíd. p. 29.

⁴⁵ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Tercera Sala. Radicado 157048. Óp. Cit.

Esta ausencia de unificación en la jurisprudencia del Tribunal Superior Militar, genera una situación de inseguridad que, a juicio de la autora, debe subsanarse, dado que en casos futuros las partes interesadas podrían esgrimir a su favor y según su conveniencia, cualquiera de las dos posiciones frente al tema de la vigencia de la ley o sobre la aplicación del principio de favorabilidad en el marco del nuevo Código Penal Militar.

Resulta necesario señalar que la anterior jurisprudencia del Tribunal fue sostenida en diferentes momentos desde que se generó la discusión sobre el asunto. Fue así como el 24 de febrero de 2010 ya había fijado su criterio dentro del radicado 156840, en el que tras reiterar la inaplicabilidad de los artículos 76, 79 y 450 de la Ley 1407/10 por hechos tramitados bajo la cuerda procesal dispuesta en las Leyes 522 de 1999, precisó que la aplicación del procedimiento contemplado en la ley 1407 de 2010, está sujeto a la implementación como se señaló en su artículo 628, ello bajo el argumento de las diferencias que presentan los dos procedimientos, pues no resulta viable traer figuras propias y exclusivas del sistema acusatorio al procedimiento consagrado en el anterior Código Penal Militar.⁴⁶

Por último también se ha pronunciado el Tribunal de manera condicionada con respecto a la aplicación del principio de favorabilidad entre los dos códigos Penales; en julio de 2011 el concepto emitido frente a otro caso de deserción fue en el sentido de que el nuevo Código Penal Militar quedó sujeto a la implementación del Sistema penal Acusatorio, lo que no significa descartar que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 1407 de 2010, como aquellas que tienen que ver con la libertad, sean aplicadas en razón al principio de favorabilidad en las actuaciones que se rigen por la Ley 522 de 1999⁴⁷.

⁴⁶ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicado 019-156933. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. Abril 8 de 2011.

⁴⁷ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Tercera de Decisión. Radicado 157048. Magistrado Ponente Carlos Alberto Dulce Pereira. Julio 14 de 2011

Un aspecto en el que el Tribunal Superior Militar ha negado la aplicación del principio de favorabilidad es el referente al término de prescripción para el delito de desertión en un año, tal como lo consagra la nueva codificación punitiva, mientras que el anterior Código Penal Militar contiene un término de dos años; para tal efecto, la Célula Judicial ha indicado que el principio de favorabilidad adquiere su verdadera vigencia en cuanto se verifiquen presupuestos formales propias de la estructura procesal, por ello, teniendo en cuenta que el artículo 86 de la Ley 522 de 1999 (ejecutoria de la resolución de acusación) no corresponde a una figura jurídica de igual regulación en los cánones 79 y 405 de la Ley 1407 de 2010 (formulación de la imputación), por lo que para dar aplicación al principio de favorabilidad deben observarse no solo el término señalado en la ley, sino, que se debe advertir que tal lapso esta supeditado a la verificación de determinado y específico momento y acto procesal, diferente en cada uno de los códigos citados.⁴⁸

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La observación del principio de legalidad que subyace al evaluar la pertinencia del principio de favorabilidad frente a la coexistencia de Códigos Penales Militares que se presenta desde el 17 de agosto de 2010, fecha en que se publicó la Ley 1407, sin que se derogara la Ley 522 de 1999 y sin que dos años después se haya iniciado la implementación del sistema acusatorio dentro de la jurisdicción Penal Militar, resulta sin duda una tarea compleja para los jueces militares de primera instancia, si se tiene en cuenta que los elementos que sirven para definir ese principio pueden resultar difusos en no pocos casos.

⁴⁸ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Radicado 156933. Magistrado Ponente TC. Camilo Andrés Suárez Aldana. 08 de abril de 2011

A esa situación se agrega el hecho de que el Tribunal Superior Militar se constituye en la mayoría de los casos en órgano de cierre de la jurisdicción penal militar y debido a su organización por Salas de Decisión, la disidencia de una de ellas genera inseguridad jurídica para los operadores judiciales y los sujetos procesales, pues la Sala Tercera acepta que la Corte Constitucional fue clara en determinar la vigencia de la Ley 1407 de 2010 desde la fecha de su publicación, esto es, 17 de agosto del mismo año; no obstante, señala que dicha normatividad no es aplicable hasta tanto no se produzca la implementación del sistema acusatorio.

Si se tiene en cuenta que ciertas normas procesales consagradas en la Ley 1407 pueden generar efectos sustanciales y por lo tanto, a juicio del Tribunal, se consideran exceptuadas de la exigencia del requisito de implementación de la ley, se puede entender que la observación del principio de legalidad establecido en la Constitución Política se encuentra en la actualidad en una situación transitoria que puede considerarse insegura desde el punto de vista jurídico, por lo que resulta recomendable que las Salas del Tribunal Superior Militar unifiquen la jurisprudencia frente a este precepto y a la exigibilidad o no de la implementación del sistema acusatorio, como requisito para la plena vigencia del nuevo Código Penal Militar.

Bajo la consideración de vigencia de la Ley 1407 de 2010, varios han sido los pronunciamientos del Tribunal Superior Militar, aplicando institutos de la nueva codificación bajo el principio de favorabilidad, tal es el caso de la disminución de pena derivada de la aceptación de cargos ofrece el nuevo Código, el cual comporta hasta la mitad de la pena a imponer y que por efecto de la retroactividad puede llevarse al procedimiento especial que consagra la Ley 1058 de 2006 y que solo concede una rebaja de una sexta parte de la pena.

No obstante lo anterior, frente al término de la prescripción para el delito de desertión que el nuevo Código Penal Militar redujo a un año, de dos años que

consagra la Ley 522 de 1999, el Tribunal Superior Militar ha sido reiterativo en indicar que no procede la aplicación del principio de favorabilidad para fijar el nuevo término prescriptivo, argumentando para la diferencia de los presupuestos formales de la estructura procesal, ya que la anterior legislación señala la ejecutoria de la resolución de acusación como el momento procesal para la interrupción de dicho término, mientras que la Ley 1407 de 2010 lo difiere a la formulación de la imputación, razón por la cual, al no corresponder las figuras jurídicas a los dos procedimientos, no resulta viable dar aplicación al principio de favorabilidad, pues para ello, además de observarse el término señalado en la ley, también debe atenderse a la verificación de determinado y específico momento y acto procesal, diferente en cada uno de los códigos.

Adicionalmente, la posición de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional frente a este asunto no ha sido suficientemente contundente como para disipar las dudas que se presentan al momento de definir situaciones concretas. Teniendo en cuenta que solo hasta el año 2016 se terminará de implementar este nuevo Código; aunado a ello, los pronunciamientos de las Altas Cortes para resolver aspectos sobre la vigencia y principio de favorabilidad frente a la Ley 1407 de 2010, se han realizado teniendo como base la experiencia de la implementación del sistema acusatorio en Colombia, pero es imprescindible recordar que el Código Penal Militar es integrado, esto es, contiene dos secciones, la primera que contiene la parte general y especial, mientras la segunda describe el procedimiento, situación que genera mayor dificultad interpretativa, situación que no se presenta en la codificación penal ordinaria, ya que la Ley 906 de 2004 se refiere exclusivamente al Código de Procedimiento Penal.

Como mecanismo de solución ante las dudas que se presentan respecto del principio de favorabilidad por la coexistencia de los Códigos Penales Militares, la autora considera que la línea conductual que debe guiar a los jueces de instrucción es la de procurar en todos los casos la aplicación de los principios consagrados directamente en la Constitución y particularmente en su Artículo 29,

teniendo en cuenta que esos principios, así como los derechos explícitamente enumerados en la Carta, encierran la voluntad del constituyente primario.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28 Bogotá, 2003.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997.

BERNAL Pulido, Carlos, El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición 2005, Quinta reimpresión, 2008, Bogotá, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los Jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial, Legis Editores, Bogotá, 2001.

BUITRAGO GUZMAN María Rosalba. Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema De Justicia, en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal Volumen I, Editorial Trotta, Madrid.

Constitución Política de Colombia

Código Penal Militar - Ley 522 del 12 de agosto de 1999

Código Penal Militar - Ley 1407 del 17 de agosto de 2010

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 2011. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-444 de 2011. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-290 de 2005. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de julio de 2005, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 23700 del 09 de febrero de 2006. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tutela 53041. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero. 10 de marzo de 2011.

DWORKIN, Ronald, El Imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Gedisa Editorial, Primera edición 1988, Segunda reimpresión, 2005, Barcelona, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Editorial Trotta, Madrid, 1.995.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. Editorial Temis.

MONROY, Marco Gerardo. Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional. Editorial Universidad del Rosario. 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Segunda de Decisión. Radicado 156881. Magistrado Ponente María Paulina Leguizamón Zárate. Febrero de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicado 156933. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. Abril 8 de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Tercera de Decisión. Radicado 157048. Magistrado Ponente Carlos Alberto Dulce Pereira. Julio 14 de 2011

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicado 157149. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. Octubre 26 de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Tercera de Decisión. Radicado 157127. Magistrado Ponente: Carlos Alberto Dulce Pereira. 4 de noviembre de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Sala Cuarta de Decisión. Radicación 157350. Magistrado Ponente Camilo Andrés Suárez Aldana. Julio 30 de 2012.